Der Verwendungsanspruch des Besitzers.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Philipps-Universität zu Marburg
vorgelegt von

Hans-Bernd Gisevius,
Gerichts-Referendar
aus
Arnsberg i. W.

Quakenbrück 1929
Handelsdruckerei C. Trute.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 29. Juli 1929.

Berichterstatter: Geheimrat Prof. Dr. F. Leonhard

Schrifttum.

I. Kommentare.

Biermann: Sachenrecht, Aufl. 1914.
Planck: Schuld- und Sachenrecht, Aufl. 1923.
Oertmann: Kommentar zum BGB., 3./4. Aufl. 1910
Neumann: Bd. 1, Aufl. 1900.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, Aufl. 1928.
v. Staudinger: meistenteils Aufl. 1912.
Warneyer: Aufl. 1923, 1926.

II. Lehrbücher.

Cosack: Bd. 2 und 3, Aufl. 1913.
Crome: Bd. 2 und 3, Aufl. 1905.
Enneccerus: Schuldverhältnisse, Aufl. 1923.
Endemann: Sachenrecht, Aufl. 1905.
Dernburg: Bd. 2 und 3, Aufl. 1906.
Leonhard: Aufl. 1925.
Kohler: Bd. 1 und 3, Aufl. 1919.
Wolff: Sachenrecht, Aufl. 1927.
Windscheid-Kipp: Aufl. 1906.

III. Einzelabhandlungen.

Baring: Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz. Sächs. Arch. z. BGB., Bd. 14 S. 466 ff.

Berkhaus: Die Subsidiarität des Bereicherungsanspruches. Diss. 1906.

Birnbaum: Der Begriff der verlorenen Sache. Diss. 1923.

Budwig: Der Anspruch des Besitzers wegen Verwendungen. Diss. 1922.

Brückmann: Die Geschäftsführung ohne Auftrag. 1903.

v. Brünneck: Bemerkungen zur Lehre von den Verwendungen. Gruch. 51, 299 ff.

Ebbecke: Verwendungsansprüche, i. Recht 18, 385 ff.
Eck: Vorträge, Bd. 2, Aufl. 1904.
Ernst: Interesse und Wille des Geschäftsherrn in § 685 BGB. in Ziv. Arch. 96, 445 ff.
Florey: Die Verwendungsansprüche des Besitzers. Diss. 1905.
Herzberg: Der Verwendungsanspruch des Besitzers. Diss. 1922.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem BGB. 1900.
Jung: Bereicherungsansprüche. 1902.
Kaßbaum: Der Verwendungsanspruch des Besitzers. Diss.
Kohler: Die Menschenhilfe im Privatrecht, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 25 S. 42 ff.
Ledermann: Worin unterscheiden sich die Vorschriften des BGB. zu 994 von den Vorschriften des C. J.? Diss. 1902.
Lent: Begriff der auftraglosen Geschäftsführung. 1909.
Leonhard, F.: Bericht über Isay, Kr. V. Schr. 44, 404 ff.
Morgenroth: Der Anspruch des Besitzers wegen Verwendungen. 1904 (Diss.).
v. Moßner: Der Verwendungsanspruch des gutgläubigen Eigenbesitzers. Diss. 1909.
v. Petrazycki: Das Einkommen. Bd. 1, 1893.
Runge: Der Besitzbereicherungsanspruch. Diss. 1922.
Ruhstrat: Beiträge zu der Lehre von der neg. gest. Ziv. Arch. 32.
Schlegelberger: Das Zurückbehaltungsrecht, 1904.
Schulzenstein: Interesse und BGB. D. J. Z. 02, 516 ff.
Streber: Wille und Interesse des Geschäftsherrn bei der auftraglosen Geschäftsführung. Diss. 1907.

Inhaltsübersicht.

I.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch finden wir eine Regelung der verschiedensten Ansprüche eines Besitzers wegen Verwendungen, die derselbe auf eine fremde Sache gemacht hat. So regelt im Recht der Schuldverhältnisse der § 450 die Ansprüche des Käufers, § 500 die des Wiederverkäufers, § 547 die des Mieters, § 601 die des Entleihers. Das Sachenrecht handelt im § 972 von den Ansprüchen des Finders, in §§ 994 ff. von denen des Besitzers, in § 1049 von denen des Nießbrauchers und in § 1216 von denen des Pfandgläubigers. Im Familienrecht finden wir in § 1466 eine Regelung der Ansprüche des Ehemanns, in § 1648 der des Vaters und in § 1835 der des Vormundes. Das Erbrecht endlich handelt im § 2023 von den Ansprüchen des Erbschaftsbesitzers und in § 2124 von denen des Vorerben.

Aus dieser mannigfaltigen Regelung der Verwendungsansprüche eines Besitzers heben sich nun besonders die §§ 994 ff. heraus. Die Besonderheit liegt darin, daß es sich hier nicht um Verwendungen handelt, die jemand als Mieter, Entleiher, Nießbraucher, Vormund, Erbschaftsbesitzer oder dergleichen gemacht hat. Auch der rechtsgeschäftliche Wille, einen anderen zu verpflichten, fehlt vollkommen. Die Bestimmungen der §§ 994 ff. behandeln vielmehr die Verwendungsansprüche des Besitzers schlechthin und zum anderen gerade solche Verwendungen, die sine contemplatione domini erfolgt sind. Die Lücke im Gesetz, die dort gelegen hätte, wo ein unrechtmäßiger Eigenbesitzer Verwendungen gemacht hat und nun Ersatz fordern will, ohne dabei auf Sondervorschriften oder die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag zurückgreifen zu können, ist in §§ 994 ff. geschlossen worden.

Die Notwendigkeit einer solchen Regelung liegt auf der Hand. Es genügt nicht, daß der Besitzer einer Sache, der auf Grund von § 985 von dem Eigentümer oder § 1227 von dem Berechtigten auf Herausgabe verklagt ist, diese Sache zurückgibt. Es bleiben noch Vermögensverschiebungen bestehen, die ausgeglichen werden müssen. Denn selten kann der Besitzer die Sache in demselben Zustande zurückgeben, wie er sie empfangen hat. Er hat vielleicht schon kürzere oder längere Zeit aus ihr Nutzungen gezogen und dadurch dem Berechtigten eine Vermögenseinbuße zugefügt. Noch häufiger liegen die

Fälle, in denen der Besitzer auf die Sache Verwendungen gemacht und dadurch den Berechtigten bereichert hat. Hier muß ein billiger Ausgleich geschaffen werden. Dieses geschieht in §§ 994 ff.

In § 994 wird dem unrechtmäßigen Eigenbesitzer für notwendige Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, ein voller Ersatzanspruch gewährt. Hiervon tritt lediglich eine Ausnahme ein, wenn es sich um gewöhnliche Erhaltungskosten handelt. Diese sind dem Besitzer für die Zeit, in der er aus der Sache Nutzungen gezogen hat, nicht zu ersetzen. In § 996 wird dem unrechtmäßigen Eigenbesitzer ein Ersatzanspruch für „andere als notwendige" Verwendungen zugesprochen, sofern der Wert der Sache noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer sie wiedererlangt. § 995 und § 998 geben hierzu nähere Umschreibungen. § 997 und die §§ 1000—1003 geben die Mittel zur Geltungmachung des Anspruches an, der nach § 999 von einem Wechsel im Besitz- oder Eigentumsverhältnis unabhängig bleibt. Der Anspruch wird jedoch nicht jedem Besitzer unbeschränkt zugesprochen, sondern gilt billigerweise für den unredlichen Besitzer, also denjenigen, der bei Besitzergreifung bösgläubig war oder grobfahrlässig handelte, nur mit erheblichen, gleichfalls geregelten Einschränkungen. Danach erhält ein unredlicher Besitzer für seine notwendigen Verwendungen einen Ersatz nur nach Maßgabe der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Er erhält den Ersatz also nur dann, wenn die Verwendung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers entspricht.

II.

a) Selbstverständlich hat schon das römische Recht den Begriff der Verwendungen gekannt. Es hatte für ihn die verschiedensten Ausdrücke. Bald gebraucht das corpus juris das Wort impensae, bald das Wort expensae; dann wieder heißt es impendium oder impendia; sehr häufig wird das Wort sumtus angewandt; daneben spricht aber das corpus juris auch von den meliorationes. Eine genaue Bestimmung für den Gebrauch dieser verschiedenen Ausdrücke hat sich nicht feststellen lassen. Es hat zwar an Versuchen, zwischen den synonymen Ausdrücken sachliche Unterschiede zu entdecken, nicht gefehlt [1]. Eine Stütze in den Quellen haben sie aber nicht gefunden [2]. Am häufigsten hat man sich in der Scheidung versucht, daß die impensae (impensae in rem factae gleich Impensen im engeren Sinne) Verwendungen in eine Sache seien, während die expensae (impensae propter rem factae gleich expensae) Ausgaben seien, die durch die Sache veranlaßt worden sind.

Auch das BGB. bringt für denselben Begriff die verschiedensten Ausdrücke. Bald spricht es von Verwendungen, bald heißt es Auslagen, bald finden wir Kosten, bald Aufwendungen. Das sind gleichfalls völlig synonyme Ausdrücke. Einmal finden wir allerdings in den Protokollen [3] einen Hinweis, der darauf schließen lassen könnte, als ob die Gesetzverfasser doch mit Bedacht die verschiedenen Ausdrücke nebeneinander gestellt haben, zum mindesten aber den Begriff der Aufwendungen vor dem der Kosten, Auslagen und Verwendungen herausheben wollten. Es heißt da, daß das BGB. den Begriff der Aufwendungen im weitesten Sinne aufgefaßt wissen wolle. Dem gegenüber steht aber die Tatsache, daß in den §§ 995 und 2022 die Aufwendungen dem Begriff der Verwendungen subsumiert werden. Auch sonst werden die beiden Ausdrücke abwechselnd gebraucht, ohne daß eine innere Abgrenzung erkenntlich wäre. Es erscheint daher abwegig, den Versuch zu machen, aus den verschiedenen Ausdrucksweisen Stützpunkte für eine Begriffsbestimmung ableiten zu wollen. Wenn in § 994 ff. von den Verwendungen des

---

[1] Ledermann S. 3.

[2] Florey S. 11.

[3] Prot. III, 354.

Besitzers und nicht von den Kosten, Auslagen oder Aufwendungen gesprochen wird, so ist daraus für die Frage nach dem Verwendungsbegriff kein Schluß zu ziehen.

b) Im BGB. finden wir überhaupt keine Definition des Verwendungsbegriffes. Dieses ist seitens der Verfasser des Gesetzbuches mit voller Absicht geschehen. Die Motive begründen die Unterlassung mit verschiedenen Hinweisen [4]). Sie halten die Aufnahme „derartiger allgemeiner Sätze in das Bürgerliche Recht nicht für ratsam". Zunächst sei der Begriff der Verwendungen der Praxis bisher völlig geläufig gewesen. Es sei daher nicht zu besorgen, daß der Mangel einer Legaldefinition zu irrigen Ausführungen derjenigen Vorschriften führen werde, welche mit diesem Begriff operieren. Dann aber sei bekannt, daß die Aufstellung allgemeiner Normen dahin führt, daß die Normung stets mehr oder weniger doktrinär ausfällt. Die Rechtsanwendung werde daher nur erschwert, zum mindesten werde die rechte Würdigung der einzelnen Fälle keinesfalls erleichtert.

c) Leider begehen die Motive an anderer Stelle [5]) trotzdem den von ihnen selber so treffend getadelten Fehler, sich in einer Begriffsbestimmung für die Verwendungen zu versuchen. Sie sprechen nämlich von den Verwendungen als von „Geschäften, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgend einer Weise zugute kommt." [6]) Dieser Definition kann jedoch nicht zugestimmt werden. Sie ist viel zu eng gehalten. Sie trifft weder das richtige, wenn sie die Verwendungen als „Geschäfte" kennzeichnet, noch wenn sie meint, daß der wirtschaftliche Erfolg eben dieser Geschäfte allein dem dinglich Berechtigten zugute kommen müsse.

Nach dem Sprachgebrauch des BGB. werden unter Geschäften rechtsgeschäftliche Akte verstanden. Gerade aber um diese handelt es sich in §§ 994 ff. am allerwenigsten. Wenn ein unrechtmäßiger Besitzer in der Meinung, die Sache sei sein Eigentum, Verwendungen vornimmt, wenn er also redlich ist, so will er, kann er auch gar nicht nach der ganzen Sachlage ein Rechtsgeschäft eingehen. Verpflichten will er niemanden. Er will das aber auch nicht einmal, wenn er unredlich ist, also wohl weiß, daß ihm an der Sache keine Rechte zustehen. Denn dann lebt und handelt er in der Hoffnung, daß der Eigentümer von ihm nicht herausfordern wird. Auch hier kann daher von einem Verpflichtungswillen keine Rede sein. Aber nur da, wo ein solcher vorliegt, ist es richtig, von einem Rechtsgeschäft zu sprechen. Oft bestehen die Verwendungen in bloßen Leistungen und in Arbeiten, wobei allein Voraussetzung ist, daß sie nach

---

[4]) Motive III, S. 31.

[5]) Motive III. S. 411.

[6]) Motive III, S .411.

den Regeln des Verkehrs selbständig bewertet werden können [7]. Aus diesem Grunde ist der Ausdruck Geschäfte zu eng.

Keineswegs kann ferner den Motiven darin zugestimmt werden, daß der wirtschaftliche Erfolg der Geschäfte „in irgend einer Weise dem dinglich Berechtigten zugute“ kommen müsse. Dernburg hat an einem von der gesamten Literatur aufgegriffenen Beispiel [8]) dargelegt, daß diese Beschränkung auf den dinglich Berechtigten längst nicht ausreichend ist, wenn auch in den meisten Fällen derjenige, der die Ersatzansprüche stellt, dinglich berechtigt sein wird. Wenn nämlich ein Tier plötzlich schwer erkrankt und deshalb der Tierarzt geholt oder Medizin verschrieben wird, das Tier aber eingeht, bevor noch der Arzt eintreffen konnte oder die Medizin zur Stelle war und eingenommen werden konnte, so sind trotzdem zweifellos Verwendungen gemacht worden, obwohl dieselben dem Tiere nicht zugute gekommen sind. Ebenso wenig, wie man nun wird sagen können, daß die Herbeischaffung von Arzt und Medizin dem dinglich Berechtigten zugute gekommen ist, wird man einen Ersatzanspruch nur aus dem Grunde verweigern können, weil das Pferd vorzeitig gestorben ist.

Auch aus dem Gesetz selber kann ein Widerspruch zu der Begriffsbestimmung der Motive herausgelesen werden. Morgenroth [9]) weist sehr richtig auf den § 936 des ersten Entwurfes hin. Dort wird dem Besitzer ein Anspruch auf Ersatz nur insoweit gewährt, als der Eigentümer bereichert ist. Infolgedessen muß es doch auch Verwendungen geben, die den Eigentümer nicht bereichern und deshalb dem dinglich Berechtigten nicht zugute kommen.

Wir sehen also, daß die Abweichung der Motive von der selber aufgestellten Regel, aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Definition des Verwendungsbegriffes nicht zu geben, keine Klarheit gebracht hat. Es ist daher zu prüfen, ob der Literatur, die mannigfaltige Lösungen vorschlägt, eine solche Klärung gelungen ist. Aber auch hier werden wir sehen, daß keine befriedigende Begriffsbestimmung gegeben ist.

Dernburg [10]) versteht unter Verwendungen „auf eine Sache aufgewendete vermögenswerte Leistungen, die sowohl in körperlichen Veränderungen der Sache und in Verbindung anderer Sachen mit ihr als auch in Auslagen anderer Art sowie in Bestreitung von Lasten der Sache bestehen können.“ Für diese Definition erklärt sich restlos nur Budwig [11]). Die anderen Schriftsteller nehmen, wenn sie auch zum Teil abweichen, zum mindesten Bezug auf Dernburg und stehen stark unter dem Einfluß seiner Definition. Bei ihr ist aber zu beachten, daß, wie Morgenroth sehr richtig ausgeführt hat [12]), diese Be-

---

7) Endemann II, S. 365.
8) III, S. 122, II.
9) Morgenroth S. 10.
10) Dernburg III, § 122, II.
11) Budwig S. 5.
12) Morgenroth S. 11.

stimmung nach dem BGB. nicht mehr ganz zutrifft. Nach dem römischen Recht waren Verwendungen allerdings auch diejenigen Sachverbindungen, bei denen das Eigentum an den „hineingesteckten Sachen“ des Besitzers nicht definitiv unterging, sondern nur ruhte. Im BGB. soll dagegen nach den Motiven die Verbindung eigener Sachen mit einer fremden eine Verwendung auf diese nur dann sein, wenn die verbundenen Sachen wesentliche Bestandteile der fremden geworden sind, also nach §§ 946, 947 das Sondereigentum des verwendenden an der Sache erlischt und das Aufgewendete infolgedessen endgültig aus dem Vermögen des Besitzers ausscheidet. Morgenroth will daher den Verwendungsbegriff anders formulieren, indem nach ihm Verwendungen „für eine Sache aufgeopferte vermögenswerte Leistungen“ sein sollen.

Bahring[13]) will Verwendungen als Aufwendungen bezeichnen, „die nach der Auffassung des Aufwendenden zum Zwecke der physischen Erhaltung einer Sache oder einer Gesamtheit von Sachen oder zur Verbesserung ihrer tatsächlichen Beschaffenheit gemacht werden.“

Landsberg[14]) definiert den Verwendungsbegriff, indem er sagt, daß „Verwendung der Aufwand von Geld, Arbeit oder Geldeswert zur Erhaltung oder Aenderung einer Sache, sowie zur Bestreitung der die Sache betreffenden Lasten“ sei. In gleicher Weise sprechen sich Biermann und Endemann aus.

Herzberg versucht die Bahringsche Definition, die er im wesentlichen für zutreffend hält, noch zu erweitern, da der Verwendungsbegriff, der die verschiedensten Tatbestände enthält, möglichst allgemein gefaßt werden müsse. Demgemäß will er unter Verwendungen „solche auf eine Sache aufgewendete vermögenswerte Leistungen“ verstehen, „deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgend einer Weise zugute kommen soll oder kann.“[15])

So sehr diese in der Literatur gegebenen Begriffsbestimmungen im einzelnen zutreffen mögen, ist doch zu fragen, ob die Bemühungen, eine einwandfreie Definition des Verwendungsbegriffes herauszuarbeiten, von Erfolg begleitet sind. Man wird diese Frage verneinen müssen. Entweder sind nämlich die Definitionen zu eng, so daß doch irgend welche Lücken vorhanden, oder sie sind so allgemein gefaßt, daß sie den Zweck einer ganz klaren Umreißung nicht mehr erfüllen.

Es darf daher sehr wohl die Frage aufgeworfen werden, ob denn wirklich diese Bemühungen um eine begriffliche Klärung der Verwendungen der §§ 994 ff. Sinn haben oder ob sie nicht letzten Endes müßig sind.

Ein gut Teil begrifflicher Klärung wird ja schon bei der Untersuchung geleistet, was der Gesetzgeber unter den „notwendigen“ und „anderen als notwendigen“ Verwendungen und den „gewöhnlichen Erhaltungskosten“ versteht. Dann aber wird man auch den Motiven

[13]) Bahring S. 464.

[14]) Landsberg, II, S. 66. Biermann, Sachenrecht, S. 198 Anm. 1, Endemann, S. 601.

[15]) Herzberg, S. 5.

dahin zustimmen müssen, daß der Praxis der Verwendungsbegriff durchaus geläufig ist und daß die Aufstellung allgemeiner Normen die Rechtsanwendung nur erschweren, keinesfalls aber erleichtern können. Im Blick auf manche Definitionen — man denke nur an die Herzbergs — kann man sehr wohl die Motive anführen, daß „die Aufnahme derartiger allgemeiner Sätze in das Bürgerliche Recht nicht ratsam sei.“ Man sollte daher aus guten Gründen von einem Streit um den Verwendungsbegriff ablassen und diesen zugleich aus der Betrachtung der §§ 994 ff. ausmerzen.

III.

Der erste Entwurf des BGB. sprach in seinem § 936 nur von Verwendungen schlechthin .... „der Besitzer oder Inhaber kann wegen der Verwendungen, welche er auf die Sache gemacht hat .... Ersatz verlangen."

Gegen diese Fassung setzte sofort die Kritik ein. Sie tadelte zunächst, daß kein Unterschied zwischen gutgläubigem und bösgläubigem Besitzer gemacht sei. Dann aber bemängelte sie, daß eine Einteilung der Verwendungen nach ihrer jeweiligen Notwendigkeit nicht gebracht war. Cosack verurteilte das „von der althergebrachten Unterscheidung zwischen notwendigen und nützlichen Verwendungen abgesehen wurde." Andere wollten die Dreiteilung des römischen Rechtes in impensae necessariae, impensae utiles und impensae voluptiariae aufrecht erhalten wissen.

Der zweite Entwurf hat dieser Kritik Rechnung getragen. Er spricht nicht mehr ganz allgemein von Verwendungen, sondern er bringt die Scheidung von notwendigen und „anderen als notwendigen" Verwendungen.

§ 1.

a) Der Begriff der notwendigen Verwendung ist nicht erst durch das BGB. herausgearbeitet worden. Bereits die Römer haben ihn gekannt und in der Lehre von den impensae necessariae weiter entwickelt.

Hierüber unterrichten uns die vorhandenen Quellendefinitionen allerdings nur unvollkommen.

Die meist angeführten Sätze: necessariae impensae hae dicuntur quae habent in se necessitatem impedendi [1]) oder quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit [2]), oder quibus non factis dos imminutur [3]) geben durchaus kein klares Bild, was eigentlich unter den notwendigen Verwendungen zu verstehen ist. Diese Sätze muten den Leser mehr als Beschreibungen denn als klare Begriffsbestimmungen an. Eine klare Umreißung des römischen Impensenbegriffes in seiner ganzen Weite, wie ihn die römischen Praktiker

---

[1]) Ulpian 1. 1. § 1, D. 25, 1.

[2]) Paulus 1. 79. D. 50. 16.

[3]) Ulpian 1. 14. pr. D. 25, 1.

sahen, fehlt. Auch die gemeinrechtliche Literatur hat sie uns nicht gegeben. Diese übernahm vielmehr die erwähnten Umschreibungen kritiklos [4]), ohne eigenes hinzuzutun oder wenigstens auf die mittlerweile erfolgte Weiterbildung des römischen Impensenbegriffes Rücksicht zu nehmen.

Nach den Pandektenlehrbüchern [5]) sind impensae necessariae Verwendungen solcher Art gewesen, die „zur Erhaltung der Sache unentbehrlich" sind." Aber diese Annahme ist irrig. Auf das Merkmal dieser Unentbehrlichkeit kann nämlich die Prüfung, ob eine Verwendung notwendig ist oder nicht, nicht allein abgestellt werden.

Dieses war schon die Meinung der Römer. Sie haben in Wirklichkeit den Begriff der impensae necessariae viel weiter gefaßt, als man nach den oben angeführten Sätzen glauben sollte. Den Nachweis dafür hat v. Petrazycki in eingehenden Studien erbracht [6]). Es entspricht nicht etwa nur, wie manche Schriftsteller [7]) behaupten wollen, den Gesichtspunkten des modernen Wirtschaftslebens, sondern es entsprach ebenso schon den Anschauungen der Römer, daß die bloße Erhaltung der Sachsubstanz nicht das wesentliche Merkmal einer notwendigen Verwendung ist. Es kommt vielmehr darauf an, daß die Sache geeignet bleibt, den Anforderungen zu genügen, die sie als Glied der Wirtschaft bisher zu erfüllen hatte. Ja selbst dieses Merkmal ist noch zu eng gefaßt. Selbst eine Verwendung, die über das bislang als notwendig erschienene Maß hinaus gegangen ist, kann notwendig sein, wenn erst dadurch die Möglichkeit eröffnet ist, Anforderungen gerecht zu werden, die infolge veränderter Verhältnisse neuerdings zu erfüllen sind.

„Jeder ordentliche Wirt, welcher eine mangelhaft eingerichtete Wirtschaft in seine Hände bekommt, sucht das für die Produktion Fehlende zu ergänzen, das Mangelhafte zu verbessern, den zu erwartenden Mängeln vorzubeugen, die überflüssigen und störenden Gegenstände zu beseitigen, kurz, die Wirtschaft zu einem gesunden und seine Funktion regelmäßig erfüllenden Organismus zu machen. Die einmaligen Ausgaben an Kapital, welche diese ordnende Tätigkeit verursacht, heißen technisch impensae necessariae." [8])

Auf Grund der Forschungen von v. Petrazycki tritt die herrschende Meinung, teils unter Anerkennung, daß dies der römischen Praxis entspricht, teils unter der Einschränkung, daß mindestens die modernen Wirtschaftsanschauungen eine solche Definition für das BGB. erforderlich machen [9]), für eine weite Auslegung des Begriffes der notwendigen Verwendungen ein [10]).

---

[4]) Florey S. 25.

[5]) Siehe Dernburg, Windscheid u. a.

[6]) S. 293 ff.

[7]) Herzberg, Budwig u. a.

[8]) v. Petrazycki a. a. O. S. 297.

[9]) Motive III. S. 31, wollen eine nähere Umschreibung der Wissenschaft vorbehalten sehen.

[10]) Planck, RGR. Komm., Staudinger zu 994 u. a.

b) Gegenteiliger Meinung sind lediglich Biermann, Ledermann und Budwig [11]. Sie halten an der Lehre fest, daß nur solche Verwendungen notwendige sind, die zur Erhaltung der Sache in wirtschaftlich brauchbarem Zustande unentbehrlich erscheinen. Das Merkmal der Unentbehrlichkeit soll dabei darin gefunden werden, daß der alleinige Zweck der Verwendung sein müsse, die Sache vor dem Untergange zu bewahren.

So weit die drei genannten Schriftsteller nicht stillschweigend die gemeinrechtliche Definition wiedergeben, bildet für sie der § 998 das Hauptbeweisstück. Daraus, daß dort statt „notwendig“ „einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entsprechend“ gesagt ist, soll sich ergeben, daß diese beiden Begriffe nicht gleich zu setzen sind, vielmehr „notwendig“ ein engerer Begriff sei, als „einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entsprechend.“

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Ihr ist zu erwidern, daß § 998 nach der zum Ausdruck gekommenen Absicht des Gesetzgebers keinen neuen Verwendungsbegriff schaffen sollte. Es handelt sich vielmehr um eine als notwendig erschienene Ergänzung zu § 994. Man glaubte einen Hinweis geben zu müssen, was in den Verhältnissen des § 998 unter notwendigen Verwendungen verstanden werden müsse. Erst nach langen Ueberlegungen entschloß man sich „aus volkswirtschaftlichen Motiven“ zu einer Regelung, durch die verhindert werden konnte, daß ein unredlicher Besitzer, der ja in § 998 dem redlichen gleichgestellt wird, die landwirtschaftliche Bestellung unterläßt, weil er nicht zu übersehen vermag, ob er für die aufgewandten Bestellungskosten einen etwaigen Ersatz erhalten wird [12]. Erst die zweite Kommission hat diese Bestimmung eingeführt, und zwar, wie die Protokolle sagen, „um eine Lücke im Gesetz auszufüllen.“ Aus dem § 998 kann daher keine Begründung dafür abgeleitet werden, daß der Gesetzgeber als Maßstab für die Notwendigkeit einer Verwendung etwas anderes als die Behandlung nach ordentlicher Wirtschaft festgelegt haben wollte.

Eine weitere Meinung will die Existenz des § 995 zum Beweise für eine Verengung des Begriffes der notwendigen Verwendung anführen, weil bei einer weiten Auslegung die in § 995 genannten Ausgaben sowieso unter die notwendigen Verwendungen gerechnet werden müßten [13]. Hier wird übersehen, daß, um Zweifel zu beheben, wie privatrechtliche Lasten (Hypotheken, Grundschulden, Reallasten) oder öffentlichrechtliche Lasten (Staats- und Gemeindesteuern u. a. m.) behandelt werden sollten, eine Bestimmung im Sinne des § 995 geschaffen werden mußte. Uebrigens wird auch gar nicht die Behandlung von Lasten der Sache der Behandlung der Verwen-

[11]) Biermann zu 994; Ledermann S. 12 ff., Budwig S. 10 ff.
[12]) Morgenroth S. 24, Biermann zu § 998.
[13]) Budwig S. 12 a. a. O.

dungen des § 994 gleichgestellt, sondern beide Aufwendungen werden als dieselben, nämlich als notwendige Verwendungen gekennzeichnet.

Für die Unentbehrlichkeit der Verwendungen zwecks Erhaltung der Sache tritt endlich auch Herzberg[14]) ein. Seine Darlegungen enthalten indessen einen glatten Widerspruch, indem er sich zunächst ausführlich der Lehre von v. Petrazycki anschließt, dann aber im Ergebnis die Begriffsbestimmung Biermanns annehmen will, neben die er dann freilich wieder die Definition der herrschenden Lehre stellt.

Gegen die enge Auslegung des Begriffes der notwendigen Verwendungen spricht neben der durch v. Petrazycki gegebenen Begründung auch sehr stark der Umstand, daß das BGB. nicht die Dreiteilung des Impensenbegriffes in necessariae, utiles und voluptariae übernommen hat. Indem es eine gesonderte Behandlung dieser drei Verwendungsarten abgelehnt und lediglich „notwendige“ und „andere als notwendige“ Verwendungen erwähnt hat, hat es den Begriff der impensae necessariae, deren Grenze zu den utiles schon von den Römern oft als flüssig empfunden wurde, so erweitert, wie es logischerweise der Wandlung einer Dreiteilung in eine Zweiteilung entspricht. Indem der Gesetzgeber die Scheidung von impensae necessariae und utiles nicht übernahm, hat er der Tatsache Rechnung getragen, daß eine solche Gegenüberstellung praktisch nur sehr schwer durchführbar ist. Die Frage, ob ich eine Sache erhalte, kann nur nach Nützlichkeitsgesichtspunkten entschieden werden. Notwendig sind somit nicht nur diejenigen Verwendungen, die unvermeidlich erscheinen, um die Sache in ihrem bisherigen Zustand zu erhalten, sondern auch diejenigen, die zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung im Rahmen der bisherigen Verwendungsart erforderlich sind.

Zu bemerken ist schließlich noch, daß es bei der Frage nach der Notwendigkeit der Verwendungen anerkanntermaßen auf eine objektive Begutachtung ankommt und nicht etwa auf ein subjektives Urteil des Eigentümers, inwieweit er die Reparatur für wünschenswert hält oder nicht. Es ist die Absicht des Gesetzgebers, den mit der Eigentumsklage belangten redlichen Besitzer möglichst zu schützen. Er will den Ersatzanspruch gerade von den willkürlichen Meinungen des Eigentümers oder Berechtigten unabhängig machen.

§ 2.

Was versteht nun der Gesetzgeber unter den „anderen als notwendigen“ Verwendungen?

a) Es ist bereits an anderer Stelle auf die römische Dreiteilung des Impensenbegriffes hingewiesen worden. Neben den impensae necessariae standen die impensae utiles und impensae voluptariae. Da, wie wir weiter unten sehen werden, einige Schriftsteller bei ihrer Begriffsbestimmung der „anderen als notwendigen“ Verwendungen auf den Gegensatz zwischen den impensae utiles und voluptariae zurück-

[14]) Herzberg S. 8.

greifen, ist eine Gegenüberstellung dieser beiden Verwendungsarten notwendig.

Utiles impensae sunt quas (maritus) utiliter fecit remque meliorem (uxoris) fecerit [15]), quibus non factis quidem deterior (dos) non fuerit, factis autem fructuosior effecta est; quae meliorem (dotem) faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri acquiratur.

Die impensae utiles waren also solche Verwendungen, die den Ertrag einer Sache steigern und die Möglichkeit eines erhöhten Gewinns schaffen. Die positive Wertsteigerung ist unerläßlich, während bei den impensae necessariae auch schon eine bloße Abwehr von Schädigungen ausreicht.

Ganz anders ist es mit den impensae voluptariae. Sie dienen dem Vergnügen. Sie sind Geschmackssache. Sie führen zwar eine Wertsteigerung der Sache herbei, die sich aber nicht in einer gesteigerten Nutzbarkeit auswirken muß. Sie sind als Luxusausgaben „wirtschaftlich nutzlos."

Voluptariae impensae sunt quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent [16]), quas (maritus) ad voluptatem fecit et quae speciem exornant [17]), quibus neque omissis deterior fieret, neque factis fructuosior effecta est, quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utiliatem.

b) Nach dem klaren Wortlaut des BGB. scheidet dieses nun in §§ 994 und 996 in „notwendige" und „andere als notwendige" Verwendungen. Es liegt daher eigentlich auf der Hand, daß § 996 summarisch all die Verwendungen erfassen will, die nicht unter den § 994 fallen.

Trotzdem haben Dernburg [18]) und Cosack [19]) versucht, den § 996 dahin zu interpretieren, daß er nur von den „nützlichen" im Gegensatz zu den impensae voluptariae spreche. Ein Anhaltspunkt im Gesetze ist hierfür nicht vorhanden. Aber auch irgend ein triftiger Grund, weswegen in § 996 nur von den nützlichen Verwendungen die Rede sein soll, ist nicht ersichtlich. Es ist zwar einerseits verständlich, daß der Eigentümer unerwünschte Luxusausgaben nicht ersetzen möchte. Andererseits wäre es für den redlichen Eigenbesitzer reichlich unbillig, wenn er eine in ihrem Wert erheblich gesteigerte Sache ersatzlos herausgeben müßte, nur weil seine Verwendung die Nutzbarkeit der Sache nicht gesteigert hat. Der Gesetzgeber hat mit vollem Bedacht die Dreiteilung des römischen Impensenbegriffes nicht übernommen. Deshalb haben wir uns daran zu halten, daß der § 996 die

---

[15]) Ulpian l. 5. § 3. D. 25, 1.
[16]) Paulus l. 79. § 2. D. 50, 16.
[17]) Ulpian l. 7. D. 25, 1.
[18]) Dernburg II, 352.
[19]) Cosack II, 167.

Ersatzregelung für die — und zwar alle — „anderen als notwendigen" Verwendungen regelt und hierfür das Erfordernis der Wertsteigerung aufstellt.

Daß es sich in § 996 ähnlich wie in § 994 um eine objektive Wertbemessung und nicht etwa um die Frage, wieviel die Sache dem Eigentümer wert geworden ist, geht, ist allgemein anerkannt.

Bemerkenswert ist noch, daß das BGB. in der Gestaltung des § 996 eigene Wege gegangen ist. Das römische Recht nahm aus Billigkeitsgründen Rücksicht auf die konkreten Vermögensverhältnisse des Eigentümers und entschied die Frage, ob und in welcher Höhe dem Eigenbesitzer ein Verwendungsanspruch zustehen sollte, ja nach der Vermögenslage des Eigentümers. Auch die Motive [20]) gingen in derselben Richtung. Die endgültige Fassung des § 996 hat jedoch diese Billigkeitserwägungen beiseite gelassen.

§ 3.

Es bleibt zu prüfen, was das Gesetz unter der Bestimmung des § 994, 2 versteht, daß die „gewöhnlichen Erhaltungskosten" dem Besitzer für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen sind.

Die Einschränkung, die das Gesetz in § 994, 2 gemacht hat, wird uns verständlich bei einem Blick auf die Lehre von v. Petrazycki von der Teilung der Impensen in Kapitalverwendungen und Einkommenverwendungen [21]). Er geht von dem Grundprinzip einer ordentlichen Wirtschaft, der strengen Scheidung zwischen Kapital und Einkommen, aus. Die Erhaltung des Kapitals muß jedem ordentlichen Wirtschafter die Hauptsorge sein. Würden nun sämtliche erforderlichen Ausgaben aus dem Kapital bestritten und das Einkommen lediglich zu persönlichen Zwecken verbraucht werden, so wäre das Kapital bald aufgezehrt. Daher sind die regelmäßigen, periodisch wiederkehrenden Bedürfnisse der Wirtschaft aus dem Einkommen zu bestreiten. Es sind dies die, wie v. Petrazycki sie nennt, Einkommenverwendungen gegenüber den Kapitalverwendungen, die bei Aufstellung des Haushaltplanes nicht vorauszusehen oder zu berücksichtigen waren. Billigerweise läßt das Gesetz für diese Einkommenverwendungen — dies sind die „gewöhnlichen Erhaltungskosten" des § 994, 2 — keinen Ersatzanspruch zu. Denn der Besitzer zahlt ja nicht aus seinem Kapital, sondern aus dem Einkommen der Sache. Wenn er redlich ist und der Erwerb entgeltlich war, braucht er nach § 998 nicht einmal die Nutzungen, die er gezogen hat, herauszugeben. Es wäre daher ungerecht, wenn er sich gleichzeitig die Verwendungen, die er für diese gezogenen Nutzungen gemacht hat, bezahlen lassen wollte.

Das Einkommen, die Nutzungen, gleichgültig, ob sie gezogen wurden oder lediglich nach Sachlage gezogen werden konnten, sind also

---

[20]) Motive III, 413.

[21]) S. 150 ff.

das Kriterium für die gewöhnlichen Erhaltungskosten und es ist für die Anwendbarkeit des § 994, 2 der Zusatz entscheidend: „für die Zeit, in der ihm die Nutzungen verbleiben." Die Einkommenverwendungen sind ein Korrelat der Nutzungen [22]. Es handelt sich bei den gewöhnlichen Erhaltungskosten nicht um Ausgaben, die in einer ordnungsgemäßen Wirtschaft jährlich in den Etat gestellt und von dem Einkommen, das die Sache bringt, bestritten werden. Es handelt sich hier „um gewöhnliche Erhaltungsarbeiten, deren Kosten für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen sind und bei denen von Nutzungen, die dem Besitzer verblieben sind, naturgemäß nicht die Rede sein kann." [23]

22) Biermann zu § 994.

23) R. G. in Gruch. 57, 998.

IV.

Das Gesetz gewährt in einem Umfange, den die bisherigen Darlegungen zeigen, dem redlichen Besitzer durch Zubilligung des nach objektiven Grundsätzen bemessenen Ersatzanspruches einen umfassenden Schutz. Gegenüber dem unredlichen Besitzer mußte es jedoch auch die subjektive Seite des mit dem Anspruch Belangten berücksichtigen. Es mußte zu der Frage Stellung nehmen, ob sich nicht der Geschäftsherr gegen unerwünschte Verwendungen wehren können solle. Dieses Problem ist schon von den römischen und gemeinrechtlichen Schriftstellern ausführlich behandelt worden. So anregend jedoch eine diesbezügliche geschichtliche Untersuchung wäre, so liegt sie doch außerhalb des Rahmens dieser Arbeit, denn das BGB. hat sich keiner der vielen vorhandenen Theorien angeschlossen. Es ist vielmehr, wenn auch unter deren Berücksichtigung, eigene Wege gegangen [1]).

Das BGB. gibt in § 994, 2 durch Verweisung auf die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag dem unredlichen Besitzer einen Ersatzanspruch in folgenden drei Fällen:

1. wenn die Verwendungen dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers entsprechen (§ 683, 1),

2. wenn die Verwendungen zur Erfüllung einer dem Eigentümer im öffentlichen Interesse obliegenden Pflicht notwendig waren (§ 683, 2 und § 679),

3. wenn der Eigentümer die Verwendungen genehmigt (§ 684, 2).

Im übrigen wird durch die Verweisung auf die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht etwa das Erfordernis der „Notwendigkeit" der Verwendung hinfällig gemacht. Dieses ist auch entgegen der Besorgnis Brückmanns [2]) von niemandem bestritten. Es mag dabei allerdings dahingestellt bleiben, ob der Wille des Gesetzgebers gerade dahin ging, dem unredlichen Besitzer die Geltendmachung seiner Ansprüche bewußt zu erschweren [3]) oder ob nicht vielmehr der Gesetzgeber beabsichtigte, dem mit dem Verwendungsanspruch belangten Eigentümer wenigstens gegenüber dem unredlichen Besitzer jenen Schutz vor unerwünschten Verwendungen zu

---

1) Brückmann, S. 219 ff.

2) Brückmann, S. 79.

3) Brückmann, S. 79.

geben, den er ihm gegenüber dem redlichen Besitzer nicht gewähren konnte.

§ 1.

Ueber den Begriff des Interesses in §§ 677 ff. besteht Streit.

a) Die herrschende Lehre [4]) vertritt den Standpunkt, daß eine objektive Wertung stattfinden müsse. Nicht das liege im Interesse eines einzelnen, was er sich persönlich wünsche und vorstelle, sondern was für ihn bei sachlicher Würdigung aller in Frage kommenden Momente nach allgemeinen Verkehrsgrundsätzen als förderlich erachtet werden könne. Nur insofern falle eine subjektive, individuelle Beurteilung ins Gewicht, als die Wertung allerdings keine abstrakte sei, sondern auf die konkreten Verhältnisse des Geschäftsherrn Rücksicht zu nehmen habe.

Demgegenüber wollen einzelne Schriftsteller [5]) den Interessebegriff rein subjektiv aufgefaßt wissen. Ihres Erachtens vermag einzig und allein der davon Betroffene zu beurteilen, was für ihn von Interesse ist. Selbst dann, wenn er in seinem Urteil fehlgeht, soll niemand ein Recht haben, ihm ein Interesse, das er weder sieht noch seiner persönlichen Anschauung nach hat, aufzudrängen.

Sofern die letzte Anschauung mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauch begründet wird [6]), so ist einzuwenden, daß der Gebrauch des Wortes „Interesse" zwar sehr oft ein subjektiver ist, aber nicht minder oft von einem Interesse in rein objektiver Färbung gesprochen wird. Zudem sind subjektives und objektives Interesse keineswegs stets vrschiedene Größen. Sie divergieren vielmehr nur da, wo, wie Streber [7]) treffend bemerkt, das subjektive Interesse in irgend einer Beziehung ein anormales ist. Aber auch die juristisch-technische Verwendung des Interessebegriffes spricht nicht für eine einseitige Deutung im subjektiven Sinne [8]). Aus den Darlegungen Schulzensteins [9]), der die nach seiner Zählung siebzig Paragraphen des BGB., in denen das Wort „Interesse" vorkommt, untersucht hat, ergibt sich vielmehr das Gegenteil. Wenn das Gesetz z. B. vom Interesse des Mündels oder von einem rechtlichen (§§ 368, 810) oder berechtigten (§§ 343, 824 u. a.) Interesse spricht, dann unterstellt es stets eine objektive Beurteilung. Soll nun gerade in §§ 677 ff. der Interessebegriff anders als sonst ausgelegt werden? Man würde sich hierzu verstehen können, wenn dieses irgend einen praktischen Sinn hätte, wenn also Gefahr bestünde, daß bei einer objektiven Auslegung des Interesses die Eigenart von Person und Wünschen des von dem An-

---

[4]) Staudinger, Oertmann, RGR. Komm. zu § 683.

[5]) Ernst, Eck, Endemann, Isay.

[6]) Ernst S. 445 ff.

[7]) S. 37.

[8]) Ernü, S. 459.

[9]) a. a. O.

spruch Betroffenen nicht zur Geltung kommen könnten. Diese Möglichkeit wird jedoch dadurch ausgeschaltet, daß das Gesetz neben dem Vorhandensein eines Interesses zugleich verlangt, daß die Verwendung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. Gerade dies eben genannte Erfordernis spricht deutlich gegen eine subjektive Auslegung des Interessebegriffes. Es ist nicht einzusehen, weshalb Interesse samt wirklichem oder mutmaßlichem Willen erfordert werden, wenn das Interesse in subjektivem Sinne ausgelegt werden soll. Denn ein subjektiv zu wertendes Interesse eines Menschen, das weder seinem wirklichen noch, falls dieser nicht feststellbar ist, seinem mutmaßlichen Willen entspricht, gibt es nicht. Das Gesetz hätte also einen unverständlichen Pleonasmus angewandt. Es hätte zudem unvollständig gearbeitet, wenn es zwar von einem mutmaßlichen Willen redete, nicht aber von einem bei subjektiver Auslegung ebenso erforderlichen mutmaßlichen Interesse.

Die Fassung des § 683 gibt in ihrer Gegenüberstellung von Interesse und wirklichem oder mutmaßlichem Willen einen guten Sinn: Neben das objektive Moment der Interessenabwägung tritt als gleichwertige Beurteilungsgrundlage die Prüfung, inwieweit der getane Aufwand den Wünschen und Absichten des Geschäftsherrn entsprach. Nichts soll ersetzt werden müssen, was ohne zwingenden Anlaß gegen seinen Willen verausgabt wurde. Nur lehnt das Gesetz einen Schutz desjenigen ab, der zwar entsprechend dem Willen des Geschäftsherrn, jedoch in offenem Widerspruch zu dessen Interesse gehandelt hat.

b) Man sollte meinen, daß der Ausdruck „wirklicher Wille“ kein Anlaß zu verschiedenen Auslegungen gebe. Sowohl der gewöhnliche Sprachgebrauch wie auch die Gegenüberstellung mit dem mutmaßlichen Willen deuten klar darauf hin, daß der tatsächlich vorhandene Wille gemeint ist, gleichgültig, ob der Geschäftsführer ihn kennt oder nicht. So sprechen sich auch die meisten Schriftsteller aus. Wenn dennoch einige Meinungen [10]) dagegen angehen und den wirklichen Willen in einen „dem Geschäftsführer bekannten“ umgestalten wollen, so erscheint dies vollkommen abwegig und enthebt uns mangels beachtlicher Gründe eines näheren Eingehens.

c) Schwierigkeiten entstehen erst bei der Frage, wie die Anwendung des mutmaßlichen Willens aufzufassen ist. Bei der Frage, wer denn nun zu mutmaßen hat, stehen sich zwei Ansichten gegenüber.

Die einen [11]) wollen die Richtigkeit der Mutmaßung rein objektiv auf Grund aller vorliegenden Tatsachen, die über die innere Willensbildung des Geschäftsherrn einen Aufschluß geben könnten, überprüft sehen. Die anderen [12]) halten es für unbillig, den mutmaßlichen

---

10) Fischer-Henle, Schulz, Crome.
11) Ernst, Oertmann, RGR. Komm., Endemann, Streber.
12) Brückmann, Staudinger, Crome.

Willen mit Hilfe von dem Geschäftsführer gar nicht bekannt gewesenen Unterlagen zu bestimmen und begnügen sich damit, daß der Geschäftsführer von seinem Standpunkt aus zu seiner Mutmaßung kommen konnte. Irrte er hierbei und ist dieser Irrtum ein entschuldbarer, dann soll seine Vermutung anerkannt werden, auch wenn über die ihm ersichtlichen Momente hinausgehende Tatsachen auf eine andere Willensrichtung schließen lassen.

Wir müssen hier davon ausgehen: die Bestimmungen über die auftraglose Geschäftsführung und speziell in unserem Falle deren Anwendung für die Ersatzansprüche des unredlichen Besitzers stehen unter dem Gesichtspunkt, daß zwar der Verwendende tunlichst keinen Schaden leiden soll, aber in erster Linie der Geschäftsherr vor unerwünschten Aufgaben zu schützen ist. Gerade aus der Art der Behandlung des redlichen Besitzers, der bei notwendigen Verwendungen ungeachtet der Wünsche des Eigentümers mit seinen Ansprüchen durchdringt, scheint ein Rückschluß gerechtfertigt auf die Einstellung zu den Bestimmungen, auf die das Gesetz unter Verzicht auf Sondernormen bei der Behandlung des unredlichen Besitzers verweist. Das eine Mal schützt es den Besitzer, das andere Mal nimmt es Rücksicht auf den Eigentümer, die sogar so weit geht, daß es sich zum Sachwalter von dessen Interesse macht. Es würde nun auf diesem Wege zur Hälfte stehen bleiben, wenn es durch eine Hintertür, offensichtlich zum Nachteil für den Geschäftsherrn, eine Rückendeckung für den Verwendenden schaffte, indem es diesen in seiner irrigen Mutmaßung zu decken suchte.

Treffend weist aber auch Streber [13]) darauf hin, daß es nicht angängig ist, bei der Feststellung des richtigen Willens objektiv, d. h. ohne jede Berücksichtigung der dem Geschäftsführer möglichen Kenntnis vorzugehen, in gleichem Atemzuge aber den mutmaßlichen Willen nach einer subjektiven Mutmaßung des Geschäftsführers zu bestimmen, die den festgestellten Absichten des Geschäftsherrn direkt zuwiderläuft.

Endlich ist aus der Entstehungsgeschichte des § 683 eine klare Entscheidung des Gesetzes für die objektive Mutmaßung herauszulesen. Es wurde nämlich ein gegen den auf objektiver Grundlage stehenden § 753 des ersten Entwurfes eingebrachter Gegenantrag, der auf dem Boden der subjektiven Mutmaßung stand, abgelehnt [14]).

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß sowohl das Interesse wie auch der wirkliche und mutmaßliche Wille nach einem objektiven Maßstabe zu bewerten sind. Daß dabei der mutmaßliche Wille immer erst subsidiär in Frage kommt [15]) und nicht gleichberechtigt neben dem wirklichen steht, ergibt sich aus unseren Darlegungen von selbst.

Es bleiben die anderen beiden Möglichkeiten, als unredliche Besitzer Ersatz verlangen zu können, nämlich die Genehmigung seitens

---

[13]) S. 16.

[14]) Prot. II, 729.

[15]) a. M.: Isay, S. 136.

des Eigentümers oder die Tatsache, daß die Verwendung zur Erfüllung einer dem Eigentümer im öffentlichen Interesse obliegenden Pflicht notwendig waren. Während uns jedoch ein Eingehen auf den hauptsächlichsten Fall, nämlich den, daß die Verwendung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen zu entsprechen hat. notwendig erschien, können wir uns eine weitere Abhandlung über die ferner und klarer liegenden Fragen nach dem öffentlichen Interesse und der Genehmigung des Eigentümers im Rahmen dieser Arbeit hinweg gehen.

V.

Die §§ 994 ff. handeln von dem Verwendungsanspruch des Besitzers. Es ist zu prüfen, ob das Wort Besitzer ganz allgemein gebraucht wird oder ob nur gewisse Arten von Besitzern einen Ersatzanspruch haben sollen.

Bei der Frage nach einer etwaigen besonderen Qualifikation des Besitzers haben wir zu überlegen, ob der mittelbare oder unmittelbare, ob der rechtmäßige oder unrechtmäßige Besitzer oder ob alle insgemein vom Gesetz gemeint sind. Dabei ist es nahezu in der gesamten Literatur unbestritten, daß der Verwendungsanspruch sowohl dem unmittelbaren wie dem mittelbaren Besitzer zusteht. Schwierigkeiten macht allein die Frage, ob neben dem unrechtmäßigen auch der rechtmäßige Besitzer einen Anspruch haben soll.

Zunächst wurde diese Frage allseits bejaht. Man entdeckte dann aber gewisse Bedenken. In Konsequenz dieses Standpunktes hätte nämlich z. B. der Mieter wegen seiner Verwendungen nach § 1000 ein Zurückbehaltungsrecht am Grundstück, nach § 556 Absatz 2 hätte er aber, wenn die Klage auf Rückgabe auf den Mietsvertrag gestützt wurde, dasselbe nicht. Aehnlich hätte der Verwahrer nach § 693 gegenüber dem persönlichen Herausgabeanspruch ein Recht auf Ersatz all der Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, während nach § 994 ff. der Anspruch viel beschränkter ist [1]). Es ergibt sich also die Notwendigkeit einer gewissen Einschränkung, um nicht zu Widersprüchen zu kommen. Bedingungslos kann der Satz, daß der Verwendungsanspruch sowohl dem unrechtmäßigen wie dem rechtmäßigen Besitzer zusteht, nicht aufrecht erhalten werden. Morgenroth hat darauf hingewiesen, wo die Lösung liegt. Er hat herausgearbeitet, daß überall da, wo durch eine Gesetzeskonkurrenz sich zwei Verwendungsansprüche gegenüberstehen, die lex specialis der lex generalis vorgeht. Ist also ein Verwendungstatbestand im Gesetz unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten geregelt, so liegt hier eine Gesetzeskonkurrenz vor. Hierbei bildet der § 994 ff. stets die lex generalis, denn hierunter kann jeder mit der rei vindicatio zu belangende Besitzer fallen. Demgegenüber bildet die Regelung für die einzelnen rechtmäßigen Besitzer (Mieter, Pächter, Verwahrer) die lex specialis.

---

[1]) Morgenroth S. 38.

Da nun aber die lex specialis die lex generalis ausschließt, bleiben für § 994 ff. als lex generalis nur solche Fälle übrig, die im Gesetzbuch nicht besonders geregelt sind. Das sind aber die Fälle des unrechtmäßigen Besitzers. Diesem allein also steht der Verwendungsanspruch aus den §§ 994 ff. zu.

VI.

§ 1.

Einen sehr breiten Raum nimmt in der Literatur die Untersuchung ein, was für eine rechtliche Natur dem Verwendungsanspruch zukommt. Manche wollen ihn als eine Modifizierung des Bereicherungsanspruches ansehen. Andere glauben, daß er seinem Wesen nach als ein Anspruch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag anzusehen ist. Wieder andere sind endlich der Meinung, daß ein selbständiger Anspruch ex lege vorliegt.

Verhältnismäßig schnell können wir den Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag abtun.

a) Es besteht allerdings zwischen dem Verwender und dem Geschäftsführer eine gewisse Aehnlichkeit. Beide haben für eine fremde Sache eigene Vermögenswerte geleistet. In soweit kann man also von einer Uebereinstimmung der beiden Ansprüche, des Verwendungsanspruches und des Anspruchs aus der Geschäftsführung ohne Auftrag, sprechen.

Aber diese Uebereinstimmung ist doch sehr lose. Gerade im wesentlichen gehen beide Ansprüche auseinander, nämlich in Sachen des zugrunde liegenden Willens. Dieser ist bei dem Verwendenden und dem Geschäftsführer grundverschieden. Der gutgläubige Verwender glaubt nämlich, daß er für seine eigene Sache eine nutzbringende Verwendung vornimmt. Er handelt für sich. Im Gegensatz dazu weiß aber der Geschäftsführer, daß er in fremdem Interesse handelt. Er will gar nicht für sich, sondern nur als Geschäftsführer für einen Geschäftsherrn handeln. Während also der eine objektiv fremde, aber subjektiv eigene Geschäfte besorgt, ist der andere sowohl objektiv wie auch subjektiv für einen anderen tätig. Diese Unterscheidung trifft allerdings bei dem Ersatzanspruch des bösgläubigen Verwenders nicht zu. Aber gerade hier, wo der Verwender weiß, daß er für eine fremde Sache handelt, wird seitens des Gesetzes in § 994, 2 ausdrücklich auf die Bestimmungen für die Geschäftsführung ohne Auftrag verwiesen. Diese Verweisung wäre schwerlich erfolgt, wenn nicht dem Gesetzgeber der Gedanke, den Verwendungsanspruch überhaupt nur als eine Modifikation der Geschäftsführung ohne Auftrag zu erklären, fern gelegen hätte. Es würde darin sonst ein ganz unnötiger Pleonasmus zu erblicken sein.

Eine Erklärung des Verwendungsanspruches aus der Negotiorum gestio lehnen wir daher ab.

b) Unverkennbar ist eine gewisse Aehnlichkeit des Verwendungsanspruches mit dem Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung.

Zweifellos sind die Bestimmungen der §§ 994 ff. stark an die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung angelehnt. Man kann entweder direkt von einem Bereicherungsanspruch reden oder man muß zum mindesten zugeben, daß es sich um einen diesem sehr ähnlichen Anspruch handelt.

Aus diesem Grunde läßt Neumann [1]) den Verwendungsanspruch „auf dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung beruhen." Auch Morgenroth ist dieser Meinung [2]). Beide finden eine Stütze in der Stellung des ersten Entwurfes [3]). Dieser besagte, daß der Eigentümer insoweit zum Ersatz verpflichtet sei, „als er durch die Verwendungen bereichert sei." Hieraus zog man die Folgerung, daß „der Eigentümer stets die notwendigen Verwendungen ersetzen müsse, weil er dadurch, daß der Besitzer sie an seiner Stelle vorgenommen habe, Ausgaben erspart hätte, also bereichert sei." [4]) Bahring [5]) kommt demgemäß zur Schlußfolgerung, daß „unter diesem Gesichtspunkte die besonderen Bestimmungen über die notwendigen Verwendungen nur als Klarstellung der aus der Bereicherung ohne Hinsicht ergebenden Folgerungen anzusehen seien."

Diesen Meinungen muß aber entgegengehalten werden, daß schon die Motive anderer Meinung sind [6]). Diese sagen, daß es zwar wünschenswert sei, die Fürsorgepflicht des unredlichen Besitzers in Anlehnung an ein im Obligationenrecht geordnetes Rechtsverhältnis zu regeln, aber, daß man bei einer diesbezüglichen Erwägung nicht an die ungerechtfertigte Bereicherung, sondern eher an die Geschäftsführung ohne Auftrag gedacht habe.

Es genügt nicht, daß einzelne Gesichtspunkte des Bereicherungsanspruches dem Verwendungsanspruch ähneln. Es müßten vielmehr in jedem einzigen Fall alle Voraussetzungen der §§ 812 ff. BGB. für den Anspruch aus den §§ 994 ff. zutreffen. Daß dies nicht der Fall ist, haben Herzberg [7]) und Bahring [8]) an zwei Beispielen klargelegt. Es ist z. B. denkbar, daß ein Eigentümer in Unkenntnis von einer notwendigen Verwendung des Besitzers auch seinerseits Vorberei-

---

[1]) Anmerkung zu 994.

[2]) Morgenroth S. 40 ff.

[3]) Protokolle III, 352.

[4]) Protokolle III, 352.

[5]) Bahring, S. 36, § 49 ff.

[6]) Motive III, 404.

[7]) Herzberg S. 18.

[8]) Bahring a. a. O.

tungen, etwa Anschaffungen für denselben Zweck getroffen hat, die nun völlig wertlos geworden sind. Ebenso ist es sehr wohl möglich, daß eine Verwendung, die den Wert der unmittelbar berührten Sache erhöht, eine Wertminderung anderer Sachen desselben Eigentümers zur Folge gehabt hat. In beiden Fällen kann von einer Bereicherung im Sinne der §§ 812 ff. nicht gesprochen werden.

Es wird also abzulehnen sein, den Verwendungsanspruch unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung anzusehen. Mag auch im Regelfalle der Verwendungsanspruch dem Umfange nach mit dem Bereicherungsanspruch übereinstimmen, so sind die Voraussetzungen der §§ 812 ff. BGB. bei den §§ 994 ff. BGB. nicht immer mit Notwendigkeit gegeben.

Der Verwendungsanspruch ist daher ein gesetzlicher Anspruch eigener Art, der nicht an die Erfordernisse anderer Ansprüche geknüpft ist.

§ 2.

Am heftigsten umstritten ist in der gesamten Literatur eine Frage, über deren praktische Bedeutsamkeit man streiten könnte. Es handelt sich darum, ob der Verwendungsanspruch als ein obligatorischer oder als ein solcher dinglicher Natur anzusehen ist.

Die meisten Bedenken gegen die obligatorische Natur der Verwendungsansprüche gründen sich auf die Bestimmung des § 999. Eck [9]) bezeichnet es als interessant, daß nach § 999 die Ersatzpflicht nicht, wie nach bisherigem römischen Recht, sich nur an die Person knüpfe, sondern auch an der Sache selbst hafte. Denn es sei bestimmt, daß der Besitzer selbst für Verwendungen seines Vorbesitzers Ersatz beanspruchen könne und daß der Eigentümer für Verwendungen, die schon vor seiner Eigentumszeit gemacht worden sind, Ersatz leisten müsse. Endemann [10]) hebt hervor, daß der Ersatzanspruch insofern an der Sache hafte, als der Eigentümer zur Ersatzleistung nur dann verpflichtet ist, wenn er die Sache wiedererlangt hat und er sich durch Rückgabe von der Haftung befreien kann.

Auf Grund der eben umrissenen Darlegungen werden die beiden genannten Schriftsteller in der Literatur stets als Vertreter der dinglichen Natur des Verwendungsanspruches hervorgehoben. Dem kann wohl im großen und ganzen zugestimmt werden. Immerhin ist eine Einschränkung notwendig. Denn weder Eck noch Endemann behaupten meines Erachtens die Dinglichkeit schlechtweg. Eck spricht vielmehr nur „von einer Art dinglichem, die Sache selbst berührenden Charakter“, Endemann aber spricht lediglich davon, daß der Ersatzanspruch „insofern“ an der Sache hafte, als der Eigentümer nur unter gewissen, oben bereits genannten Bedingungen für die Ersatzleistung verpflichtet ist. Das Wort dinglich gebraucht er überhaupt nicht und in dem Worte „insofern“ muß doch wohl eine gewisse Einschränkung erblickt werden.

---

9) Eck S. 179.
10) Endemann S. 604.

Viel allgemeiner lautete dagegen früher die Lehre von Biermann [11]). Dieser nahm früher zum mindesten für die Liegenschaften die Dinglichkeit des Anspruches an. Das begründete er mit einer Gegenüberstellung der noch in den Motiven vertretenen Meinung, „daß der Rechtsnachfolger im Eigentum für den gegen den Vormann erwachsenen Verwendungsanspruch nicht aufzukommen habe“, und der im Gegensatz dazu erfolgten endgültigen Abfassung des § 999, 2. Später hat aber Biermann seine Anschauung, besonders unter Hinweis auf eine Entscheidung des Reichsgerichts, im Sinne der unten umrissenen herrschenden Lehre berichtigt.

Dagegen ist diese frühere Lehre Biermanns von v. Moßner[12]) ausgebaut und erheblich erweitert worden. Dieser behauptet die Dinglichkeit der Verwendungsansprüche schlechthin. Wie er sich allerdings hierbei auch auf Schlegelberger, Seite 93 ff., berufen will, bleibt unerfindlich. Denn auf Seite 93 beschäftigt sich dieser mit der Natur des Zurückbehaltungsrechtes des § 1000, nachdem Seite 80 Anmerkung 1 ausdrücklich den obligatorischen Charakter der Verwendungsansprüche hervorgehoben hat.

Des weiteren lehrt Morgenroth die Verdinglichung des Verwendungsanspruches [13]) und will sie insbesondere damit bewiesen haben, daß ein Besitzer nicht nur Verwendungen seines Rechtsvorgängers an sich, sondern auch in demselben Umfang wie dieser geltend machen kann, und zwar ohne Rücksicht auf seine eigene Redlichkeit oder Unredlichkeit.

Auch Kohler [14]) tritt mit einem Hinweis auf § 999 uneingeschränkt und ohne nähere Begründung für die Dinglichkeit des Verwendungsanspruches ein, während er doch früher [15]) die Tatsache eines obligatorischen Anspruches zugab. Er kam lediglich auf Grund des von ihm aufgestellten Prinzipes, „daß der Besitz den Anspruch auf Besitzerhaltung so festigt, daß er gegen jeden Rechtsnachfolger wirkt“, zu dem Ergebnis, der Besitz mache diesen obliggtorischen Anspruch zu einer actio in rem scripta, bewirke also etwas ähnliches wie eine Vormerkung [16]) (§ 883).

Schließlich gibt es noch eine Reihe von Schriftstellern [17]), die aus der Behandlung der Verwendungsansprüche unter den Ansprüchen aus dem Eigentum einen Schluß auf die dingliche Natur der Ansprüche ziehen wollen.

Ganz allgemein ist den eben aufgeführten Schriftstellern zu erwidern, daß das Gesetz die Zahl der dinglichen Rechte fest umschrieben hat. Für die Frage der Dinglichkeit eines Rechtes ist ja sein Inhalt

11) Sachenrecht, Auflage 1898, S. 120.
12) Moßner S. 80.
13) Morgenroth S. 76.
14) Lehrb. § 18.
15) „Vertrag u. Uebergabe“.
16) ebenda. S. 94., s. b.
17) Schackowski S. 36.

allein nicht entscheidend. Zum Beweise dafür, daß die Rechtsordnung aus der Zahl derjenigen Rechte, die die Sache unmittelbar der Herrschaft des Berechtigten unterwerfen, gewisse Rechte als dinglich, andere als nichtdinglich behandeln kann, braucht nur auf das römische Recht und ALR. verwiesen zu werden. Im röm. Recht finden wir außer dem Eigentum nur vier Arten dinglicher Rechte, nämlich die Servituten, Superficies, Emphyteuse und das Pfandrecht, nach dem AL.-Recht sehen wir jedes auf eine bestimmte Sache gerichtete Recht dadurch dinglich werden, daß die Sache dem Berechtigten übergeben oder, wenn es sich um ein Grundstück handelt, das Recht in das Hypothekenbuch eingetragen wird. Ist z. B. das Miet- und Pachtrecht nach ALR. dinglicher Natur, so hat es nach römischem Recht nur obligatorischen Charakter. Das BGB. hat nun nach durchaus herrschender Lehre einen numerus clausus der dinglichen Rechte durchgeführt und nur die in §§ 1012—1296 besonders geregelten Rechte als Rechte an Sachen, als dingliche Rechte, anerkannt. Wenn in den §§ 1012, 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191, 1199, 1204 bestimmt wird, in welcher Weise eine Sache belastet werden kann, so können wir daraus schließen, daß das Gesetz eine anderweitige Belastung nicht gewollt hat.

Die Bedenken, die sich nun an die Existenz des § 999 knüpfen, lassen sich durch einen Blick auf die Entstehung dieser Bestimmung zerstreuen. § 999 ist erst von der zweiten Kommission, und zwar zum Schutze des Besitzers, geschaffen worden. Nach dem ersten Entwurf sollte der Verwender sich lediglich an den Eigentümer zur Zeit der Verwendung halten dürfen [18]). Es entstanden jedoch dagegen Bedenken, weil „der Eigentümer es sonst in der Hand haben würde, dem Besitzer die reale Sicherheit für den Verwendungsanspruch dadurch zu entziehen, daß er das Eigentum an der Sache auf einen anderen überträgt, der seinerseits als Eigentümer nicht haften würde.“ [19]) Es wurde daher eine Sonderbestimmung getroffen. Wurde in ihr aber die Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers von der Eigentumsverschiebung unabhängig gemacht, so entsprach es nur dem, wenn auch der Anspruch des jeweiligen Besitzers von einer Besitzverschiebung unberührt gelassen wurde. Bemerkenswert ist auch, wie das RG. sehr richtig hervorhebt, der Wortlaut des § 999, in dem von einer „sich erstreckenden“ Verpflichtung des Eigentümers geredet wird.

Auf diesem Standpunkt stehen die meisten Schriftsteller unter Führung des RG. [20]) im Anschluß an dessen Entscheidung Biermann [21]), wie schon gesagt, seine frühere Meinung [22]) aufgegeben hat. Dabei fügt er noch hinzu, daß vom Gesetz auch nicht bestimmt ist, daß der

[18]) Mot. III, 416.

[19]) Prot. III, 358.

[20]) RG. Z. 71, 424. Kohler nennt allerdings diese Entscheidung ein „Musterbild von Wortauslegung und Vorarbeitenjuripreudenz.“

[21]) Auflage 1914 zu § 999.

[22]) s. o.

frühere Eigentümer im Falle seiner Genehmigung nicht wegen der Verwendungen zusammen mit dem neuen Eigentümer als Gesamtschuldner weiter haftet, wenn auch diese Weiterhaftung nicht häufig in Betracht kommen wird.

Was schließlich den Einwand betrifft, daß die Verwendungsansprüche im dritten Buch des BGB. unter dem Abschnitt „Ansprüche aus dem Eigentum“ behandelt worden seien und deshalb als dinglich angesehen werden müßten, so darf diese Argumentation wohl kurz mit dem Bemerken abgetan werden, daß aus der systematischen Eingliederung kein unbedingt sicherer Schluß auf die Natur eines jeweiligen Rechtes zu ziehen ist. Gerade die nähere Betrachtung der Ansprüche aus dem Eigentum erweist, daß eigentlich nur zwei Paragraphen, nämlich §§ 985 und 1004, rein dingliche Rechte regeln [23]).

Der Verwendungsanspruch des Besitzers ist also aus guten Gründen als ein obligatorischer anzusprechen. Unnötig und abwegig ist daher der Versuch Floreys [24]), den obligatorischen Charakter der Verwendungsansprüche erst dadurch retten zu wollen, daß diese „das veräußerte Eigentum nur zufolge einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Zession begleiten“ sollen.

Auf eine Auseinandersetzung mit den Schriftstellern, die die dingliche Natur des Retentionsrechtes, des Wegnahmerechtes und des Selbstbefriedigungsrechtes vertreten, kann hier verzichtet werden, da eine solche Abhandlung aus dem Rahmen dieser Arbeit heraus fallen würde.

---

[23]) Schakowski S. 36.

VII.

Es bleibt die Frage, welche Mittel der Besitzer hat, um seinen Verwendungsanspruch geltend machen zu können.

Das Gesetz gibt dem Besitzer zur Durchführung seines Ersatzanspruches drei Wege an. Er kann erstens die Sache, auf die er Verwendungen gemacht hat, zurückbehalten. (§ 1000, 1 BGB.) Zweitens räumt er dem Besitzer ein wenn auch beschränktes Klagerecht ein. (§ 1001 BGB.) Drittens ist dem Besitzer ein Selbstbefriedigungsrecht (§ 1003 BGB.) eingeräumt.

§ 1.

§ 1000, 1 räumt dem Besitzer das Recht ein, die Herausgabe der Sache zu verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt ist. Die herrschende Lehre hält diese Vorschrift lediglich für einen Anwendungsfall des § 273 BGB., den das Gesetz zum Zwecke der Klarheit noch einmal hervorgehoben hat. Die Motive äußern sich hierzu, daß „die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes des Besitzers zwar bei Anwendung der allgemeinen Normen des Obligationsrechts auf den dinglichen Anspruch und bei Einräumung eines vollgültigen Anspruches, nicht bloß eine Einrede, an den Besitzer an sich gegeben seien, jedoch die Beseitigung jedes möglichen Zweifels zweckmäßig erschienen sei.“ [1])

Morgenroth [2]) will diese Ansicht nicht gelten lassen. Er beruft sich darauf, daß der § 273 BGB. einen fälligen Anspruch voraussetzte, während § 1000 BGB. einen Anspruch schützte, der nicht fällig, sondern aufschiebend bedingt sei. Dies müsse man aus der Bestimmung des § 1001 entnehmen. Es sei weiterhin zu unterscheiden zwischen einem obligatorisch-rechtlichen im Gegensatz zu dem sachenrechtlichen Zurückbehaltungsrecht. Im § 1000 BGB. handele es sich um ein selbständiges Zurückbehaltungsrecht. Dieses gehe, abgesehen von dem fehlenden Erfordernis der Fälligkeit, schon daraus hervor, daß die Einrede hier eine erschöpfende Regelung gefunden habe. Aus dem § 273 sei lediglich die Bestimmung übernommen, daß das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen sei, wenn der Besitzer die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt habe. Das

---

1) Motive III, 416.

2) Morgenroth S. 92 ff.

Zurückbehaltungrecht des § 1000 könne also nicht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden und gleichfalls könne die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes nicht eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug bewirken, sondern nur zur Abweisung der Klage führen.

Diese Ausführungen sind jedoch abzulehnen[3]). Morgenroth irrt nämlich, wenn er die Fälligkeit des Anspruches in § 1000 im Gegensatz zu § 273 für entbehrlich erklärt. Der Ersatzanspruch, um den es sich handelt, ist bereits mit der Vornahme der Verwendungen entstanden. Die in § 1001 aufgestellten Voraussetzungen sind nicht etwa Bedingungen des Anspruches. Seine Durchführung ist vielmehr, solange sie nicht eingetreten sind, auf einen Teil des Vermögens des Eigentümers, nämlich die Sache beschränkt. Auch aus § 1003 ergibt sich, daß der Verwendungsanspruch fällig ist. Denn sonst könnte dem Besitzer nicht das Recht gegeben werden, sofort die Sache für sich zu verwerten. Die Frist, die § 1003 in seinem ersten Absatz Satz 1 setzt, ändert daran nichts. Denn diese stellt nur „eine Phase in der Verwertung dar.“[4]) Damit ist aber die Unterscheidung Morgenroths zwischen obligatorischem und sachenrechtlichem Zurückbehaltungsrecht hinfällig geworden.

Dafür spricht ferner, daß § 1000 BGB. überhaupt keine erschöpfende Regelung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts gegeben hat. § 1000 ist offensichtlich nur geschaffen, um etwaige Zweifel über die in § 273 geforderte Fälligkeit zu beheben. Deshalb bestimmt er allerdings die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts, aber schweigt sich über die Anwendbarkeit und Wirkung der Geltendmachung im Prozesse aus, so daß in diesen Punkten sowieso schon wieder auf die §§ 273 und 274 BGB. zurückgegriffen werden muß. Es kann daher weder die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abgewendet noch eine Klage abgewiesen werden. Eine Verurteilung würde auf Leistung Zug um Zug, auf Herausgabe der Sache gegen Ersatz der Verwendungen lauten.

Hat der Besitzer die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung zurückerlangt, so ist ihm die Einrede des Zurückbehaltungsrechts verwehrt. (§ 1000, 2 BGB) Um eine strafbare Handlung braucht es sich hierbei im Gegensatz zu § 992 nicht handeln[5]). Es genügen „alle mit einer außervertraglichen Schadensersatzpflicht des Täters belegte Handlungen.“[6])

§ 2.

Der § 1001 BGB. gibt dem Besitzer für seinen Verwendungsanspruch ein beschränktes Klagerecht.

Daß der Besitzer überhaupt klagen kann, ist eine bemerkenswerte Abweichung vom römischen Recht. Dort stand nämlich dem

---

[3]) Herzberg S. 38 ff.

[4]) Kaßbaum S. 63.

[5]) Biermann § 1000.

[6]) Oertmann zu § 823.

verwendenden Besitzer allein die Retentionseinrede zu. Es sollte vermieden werden, daß der Eigentümer, der das Seine zurückerhalten hatte, noch nachträglich mit einer Verwendungsklage angegangen werden konnte, wenn er womöglich nicht einmal mehr den Gegenstand der Aufwendungen besaß oder nicht mehr bereichert war.

Der Besitzer sollte nur bei einer rechtzeitigen Geltendmachung seiner Ansprüche Erfolg haben. Dazu hatte er das beste Hilfsmittel in der Retensionseinrede. Verzichtete er auf sie, dann mußte er sich die Folgen selbst zuschreiben. Kam er andererseits wider Willen aus dem Besitz der Sache, so halfen ihm die Interdikte zur Rückerlangung des Besitzes.

Der Schutz des Eigentümers, der durch die Verwendungsansprüche des Besitzers nicht Schaden leiden sollte, stand also für die Römer an erster Stelle.

Im Gegensatz dazu hat sich das BGB. durch die gemeinrechtliche Auffassung mehr zu einem Schutz des Besitzers abdrängen lassen. Deshalb hat es Bestimmungen geschaffen, die dem Besitzer, wenn auch nur unter gewissen Voraussetzungen, ein selbständiges Klagerecht zubilligen.

Diese bedingte Klage (§ 1001) hängt von der Wiedererlangung der Sache bzw. der Genehmigung der Verwendung seitens des Eigentümers ab. In diesen beiden Fällen soll der Besitzer klagen dürfen.

Dabei ist es gleichgültig, auf welche Weise der Eigentümer die Sache zurückerhält. Er kann sie durch freiwillige Rückgabe, durch Eigentums- oder Besitzklagen gegen den Ersatzberechtigten oder durch Zufall erlangen. Wesentlich ist nur, daß er sie auf Grund seines Eigentums wiedererlangt. Auf den Willen des Besitzers, ob er die Sache eigentlich herausgeben wollte oder nicht, kommt es hierbei nicht an.

Nun beruht in diesem Falle der Wiedererlangung der Sache durch den Eigentümer die Verpflichtung zur Ersatzleistung nicht auf einem Rechtsgeschäft, sondern auf der bloßen Tatsache der Wiedererlangung. Es wäre aber unbillig, den Eigentümer der Gefahr auszusetzen, nachträglich einen Ersatz leisten zu müssen, der vielleicht den Wert, den die Sache mittlerweile hat, übersteigt oder der zum mindesten über seine Zahlungsfähigkeit hinausgeht. Aus diesen Erwägungen heraus hat der Gesetzgeber die Bestimmung getroffen, daß sich der Eigentümer durch Rückgabe der Sache von dem Verwendungsanspruch befreien kann. Er hat also eine facultas alternativa.

Es ist allgemeine Lehre, der man nur zustimmen kann, daß der Eigentümer in dem Falle sich nicht auf sein Rückgaberecht beziehen kann, wenn die Sache mit oder ohne Verschulden bei ihm untergegangen ist [7]. Anders ist es, wenn sich die Sache bei ihm lediglich verschlechtert hat. Hier entspricht es der Billigkeit, daß das Rückgaberecht durch eine solche Verschlechterung nicht erlischt. Es besteht im Hinblick auf § 1000, 2 BGB. für den Eigentümer weiterhin nicht etwa

---

[7]) **Kretzschmar** zu § 1001.

nur vor einer Klageeinreichung des Besitzers, sondern der Eigentümer kann auch dann noch die Sache zurückgeben, wenn der Besitzer bereits Klage erhoben hat. In diesem Falle wird die Klage wegen des Ersatzanspruches abgewiesen.

Fraglich könnte sein, ob durch eine solche Rückgabe der Besitzer nunmehr an der Sache Eigentum erwirbt. Es liegt jedoch kein Anlaß vor, eine Eigentumsverschiebung anzunehmen. Der Eigentümer gibt vielmehr dem Besitzer die Sache lediglich zur Befriedigung zurück. Er stellt gewissermaßen den alten Zustand wieder her [8]). Der Besitzer kann sich dann gemäß § 1003 aus der Sache befriedigen oder sein Zurückbehaltungsrecht weiter ausüben. Bleibt von einem etwaigen Erlös noch eine Summe übrig, so ist diese Eigentum des Eigentümers der Sache.

Budwig [9]) behauptet im Gegensatz zu Herzberg [10]), daß dem Rückgaberecht des Eigentümers die Rücknahmepflicht des Besitzers gegenüberstehe. Dem ist aber zu widersprechen. Das Gesetz redet von keiner solchen Rücknahmepflicht. Wohl aber dürfte es billig sein, daß der Besitzer dann seinen Anspruch nicht mehr angriffsweise geltend machen kann, sondern so zu behandeln ist, als wenn die Rückgabe erfolgt wäre.

Der § 1002 bestimmt, daß das Klagerecht des Besitzers an eine kurze Praeklusivfrist gebunden ist, die als solche im Prozeß von Amts wegen berücksichtigt werden muß. Der Grund dafür ist leicht einzusehen. Der Besitzer, der die Sache ohne Vorbehalt dem Eigentümer herausgegeben hat, soll durch die Verzögerung der Geltendmachung des Ersatzanspruches nicht im Ungewissen gelassen oder sogar geschädigt werden. Der Ersatzanspruch für Verwendungen erlischt bei beweglichen Sachen mit dem Ablauf eines Monats und bei Grundstücken mit dem Ablauf von sechs Monaten, nach der Herausgabe, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung erfolgt ist oder der Eigentümer die Verwendungen genehmigt hat.

Für den Fall, daß der Eigentümer die Verwendung genehmigt, ist natürlich das Klagerecht des Besitzers ein viel weitergehenderes.

Die Genehmigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben werden. Als Rechtsgeschäft erzeugt sie eine feste Verpflichtung. Deshalb kann sich der Eigentümer, wenn er einmal genehmigt hat, nicht mehr von dem Ersatzanspruch befreien. Er kann nicht einmal mehr die Sache zurückgeben. Er haftet dem Besitzer sogar dann noch für den Ersatz seiner Verwendungen, wenn die Sache untergegangen ist, ehe er sie zurückerhalten hat.

Man könnte annehmen, daß es erforderlich sei, daß Besitzer und Eigentümer sich auch schon über die Höhe des Verwendungsanspruchs geeinigt haben. Das ist aber nicht der Fall. Es genügt vielmehr,

---

[8]) Planck, Biermann zu § 1001.

[9]) S. 54.

[10]) S. 42.

daß sich der Eigentümer mit der Vornahme der Verwendung an und für sich einverstanden erklärt hat[11]). Hat jedoch beim Angebot der Sache der Besitzer seinerseits schon die Höhe des Ersatzanspruchs angegeben und der Eigentümer erst daraufhin genehmigt, so ist es klar, daß in diesem Falle auch eine Einigung über den Betrag zustande gekommen ist. Hier liegt eine Genehmigung der Verwendungen auch in ihrer Höhe vor und demgemäß die Verpflichtung des Eigentümers, den vereinbarten Preis zu ersetzen. Im anderen Falle, wenn nur die Tatsache der Verwendung als solche genehmigt ist, richtet sich, wie Planck richtig hervorhebt, die Höhe des zu ersetzenden Betrages nach den gesetzlichen Bestimmungen.

Die Genehmigung kann, wie jede andere Willenserklärung auch stillschweigend abgegeben werden. Sie gilt als stillschweigend erteilt, wenn der Eigentümer die ihm vom Besitzer unter Vorbehalt des Anspruches angebotene Sache angenommen hat.

§ 3.

Hiernach ist es möglich, daß der Eigentümer die Genehmigung der Verwendungen verweigert und die Sache nicht zurücknimmt oder von dem ihm zustehenden Recht der Rückgabe Gebrauch macht. Dadurch entsteht für den Besitzer eine schwierige Lage. Er hat zwar die Sache im Besitz, aber er kann die Erfüllung seines Verwendungsanspruches nicht erlangen. Dabei muß er außerdem stets der Eigentumsklage gewärtig sein und hat zudem noch eine wesentlich erweiterte Haftung (gemäß § 990, 2).

Hier greift der § 1003 BGB. ein. Er bestimmt, daß dem Besitzer aus der Sache ein beschränktes Selbstbefriedigungsrecht gewährt wird. Der Besitzer kann dem Eigentümer gemäß § 1003, I, 1 unter Angabe des als Ersatz geforderten Betrages auffordern, sich innerhalb einer angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmigt. Daraus erwächst dem Besitzer, wenn der Eigentümer genehmigt, das Klagerecht aus § 1001. Erfolgt aber die Genehmigung des Eigentümers nicht, und zwar innerhalb der gesetzten Frist, so ist der Besitzer berechtigt, aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen Befriedigung zu suchen. Für bewegliche Sachen greifen alsdann die Vorschriften der §§ 1233 ff. BGB. ein.

Diese Regelung ist erst im zweiten Entwurf zum BGB. getroffen. Der erste Entwurf hatte dem Besitzer lediglich das Zurückbehaltungsrecht und die Möglichkeit gelassen, den Eigentümer in Annahmeverzug zu setzen. Dabei war die Frage offen gelassen, ob der Besitzer durch den Annahmeverzug auch berechtigt werde, die Sache versteigern zu lassen und den Erlös zu hinterlegen[12]). Der zweite Entwurf hat also den Bedürfnissen des Besitzers erheblich mehr Rechnung getragen, als es zunächst geplant war.

---

[11]) Planck zu § 1001.

[12]) Motive, III, S. 415, 421.

Zu erwähnen ist schließlich noch die Möglichkeit, daß der Eigentümer den Verwendungsanspruch noch vor Ablauf der ihm gesetzten Frist bestreitet. Dann tritt für den Besitzer in der Auswirkung seines Selbstbefriedigungsrechtes eine Verzögerung ein. Er kann sich nun gemäß § 1003, I I, aus der Sache erst dann befriedigen, wenn er eine rechtskräftige Feststellung des Betrages, um den er den Eigentümer in Anspruch nehmen kann, herbeigeführt hat. Danach muß er dem Eigentümer eine angemessene Frist zur Erklärung setzen. Erst wenn diese verstrichen ist, kann der Besitzer zur Ausübung des Selbstbefriedigungsrechtes schreiten.

Lebenslauf.

Ich, Gustav-Adolf, Timotheus, Hans-Bernd Gisevius, wurde am 14. Juni 1904 als Sohn des damaligen Oberregierungsrates und jetzigen Oberverwaltungsgerichtsrates i. R. Hans Gisevius und seiner Ehefrau Hedwig, geb. Schatz in Arnsberg i. W. geboren. Nachdem ich die Gymnasien (humanistische) in Arnsberg, Berlin-Lichterfelde und Luckau besucht hatte und am 11. März 1924 das Zeugnis der Reife erhalten hatte, besuchte ich 8 Semester die Universitäten Marburg, Berlin und München. Am 25. und 28. Juli 1928 bestand ich vor dem Oberlandesgericht Kassel meine Referendarprüfung. Seit dem Oktober 1928 bin ich im Bezirk des Landgerichts II Berlin als Referendar tätig.